

Luis Guillermo Dávila Vinuesa
Abogados

Bogotá D.C., abril 21 de 2022

Doctora

JULIANA SÁNCHEZ ACUÑA

Directora de Contratación

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS)

Ciudad.

Asunto: Inhabilidad sobreviniente ICM

Estimada doctora Juliana,

En cumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales No. 419 de 2022, en los siguientes términos respondo las preguntas formuladas en relación con el asunto de la referencia.

Estas respuestas se hacen en el marco del concepto que rendí a INVIAS en el mes de agosto del año pasado, a propósito de la inhabilidad sobreviniente que se generó a los integrantes de la Unión Temporal Centros Poblados por cuenta de la caducidad que declaró el Ministerio de la Información y las Comunicaciones, MINTIC, mediante resolución 1747 de 2021 y cuyos parámetros generales esboqué en la reunión llevada a cabo de manera presencial en esa entidad el día 20 de abril de los corrientes.

Preguntas y respuestas.

A las preguntas formuladas, respondo de la siguiente manera:

- 1. De acuerdo con los antecedentes y la reunión sostenida el día de hoy, ¿cuál es la norma e hipótesis que debe aplicarse al caso particular y concreto?**

Calle 100 No 8 A-37 Torre A Edificio World Trade Center OF. 805 Pbx 8056214

Luis Guillermo Dávila Vinuesa
Abogados

Respuesta.

El inciso tercero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993 es la norma aplicable por cuanto regula la inhabilidad o incompatibilidad que sobreviene a un integrante de un consorcio o unión temporal que tenga suscrito un contrato estatal. Según sus voces, el miembro afectado deberá ceder su participación dentro del consorcio contratista a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante.

No aplica el inciso primero de esa norma habida consideración que este regula la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente del contratista y en donde ordena la cesión y en su defecto la renuncia del contrato.

Al respecto, agrego que: (i) En el caso consultado el contratista no está afectado por la inhabilidad por lo que no habría motivo alguno para la cesión del contrato; (ii) la renuncia debe entenderse como sinónimo de terminación del contrato para el caso extremo en no haya cesionario idóneo pues la finalización del vínculo y con ello la privación de los fines perseguidos con la celebración del contrato, es la opción última y no deseable; (iii) las inhabilidades e incompatibilidades corresponden a prohibiciones que no admiten discusión, ni dilación, ni atenuación. Bajo ninguna circunstancia, interpretación o supuesto vacío es posible incumplir las órdenes perentorias que surgen de la ley y bajo esa inteligencia no es posible mantener activo un integrante de un consorcio afectado con una inhabilidad sino que es mandatorio salir de él tan pronto se configure la inhabilidad y la entidad esté en condiciones de autorizar la sustitución del afectado por un tercero, en el caso bajo examen.

2. *¿Cuál es la consecuencia si el miembro inhabilitado no cumple la orden legal e imperativa de ceder, consagrada en el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993?*

Respuesta.

Creo que la orden no es tanto para el integrante inhabilitado sino para la entidad estatal quien es la que debe velar porque no se mantenga en ejecución un contrato existiendo de por medio una prohibición. De ahí que considere que debe ser el contratista, a la sazón consorcio o unión temporal, el que debe plantear a la entidad el tercero que irá a reemplazar al aquejado con miras a que la entidad imparta la autorización. Es que repugna a la lógica, a los fines y principios del Estatuto de Contratación que el

Luis Guillermo Dávila Vinuesa
Abogados

cumplimiento de un mandato legal categórico y perentorio quede en manos del afectado, con lo cual el interés público y la moralidad colectiva que subyacen en la prohibición se verían menoscabados por acciones u omisiones de un particular, lo que resulta francamente inaceptable.

3. *¿Tiene facultad el representante convencional del consorcio para ceder la posición contractual del miembro inhabilitado, sin su anuencia?*

Respuesta.

El consorcio a través de su representante convencional o incluso los mismos integrantes no afectados por la inhabilidad o incompatibilidad, deben presentar a la entidad el tercero que ha de reemplazar al miembro inhabilitado y la entidad debe autorizar el ingreso del nuevo si cumple con las condiciones pertinentes. La recomposición del consorcio opera por ministerio de la ley y no puede confundirse con la recomposición por iniciativa particular del contratista. Se trata, se enfatiza, del cumplimiento de un mandato legal que implica que bajo ninguna circunstancia puede permanecer como integrante del consorcio el afectado por una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente.

4. *¿Tienen la potestad los demás miembros del consorcio para ceder la posición contractual del miembro inhabilitado, o recomponer la conformación del consorcio sin su anuencia?*

Respuesta.

Insisto que es inaceptable eludir el mandato legal que reclama la inmediata salida de un integrante de un consorcio en cuya cabeza se ha generado una inhabilidad sobreviniente y que corresponde en primerísimo lugar hacer cumplir la ley imperativa a la entidad estatal. Bajo esos lineamientos se me antoja como errado pretender eludir la obligación legal buscando respuestas a interrogantes acerca de si existe o no potestad de los integrantes del consorcio para recomponerlo. Es el contratista quien actúa a través de su representante legal el llamado a proponer al tercero. Si en ello los integrantes no afectados con la prohibición, apoyan la solicitud, será bienvenido. Pero insisto no se trata aquí de una recomposición surgida del libre albedrío de las partes sino del cumplimiento inexorable de una norma imperativa y de orden público.

Luis Guillermo Dávila Vinuesa
Abogados

- 5. ¿Ante la falta de voluntad del miembro inhabilitado para ceder, puede la entidad estatal contratante acudir a la terminación y liquidación unilateral del contrato?**

Respuesta.

La ley no contempló en el inciso tercero del artículo 9, que es el aplicable al caso, la terminación y liquidación del contrato. Y en cuanto ello y por virtud del principio de legalidad, no la veo factible pues no existe causal de terminación unilateral para el caso. Ello sin perjuicio de lo ya dicho acerca de que no puede ser la voluntad del afectado la que en últimas sea la que lleve a cumplir o no una orden legal inobjetable.

Cosa distinta es que en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y en desarrollo del artículo 1602 C.C. (principio de la normatividad de los contratos)¹, aplicable a la contratación estatal en virtud de la remisión que realiza el artículo 13 de la Ley 80 de 1993², las partes de común acuerdo decidan terminar de manera anticipada el contrato. Solo que en este caso no creo que el fundamento pueda ser una inhabilidad sobreviniente de un integrante del consorcio ya que, insisto, para esta hipótesis la ley contempló una solución distinta a esa.

- 6. En caso negativo y de no manifestar la voluntad de ceder el miembro inhabilitado, podría entenderse que este renuncia, en su participación contractual, a la ejecución del mismo? Esto, en interpretación armónica con el inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993.**

Respuesta.

El efecto práctico de la salida del inhabilitado es la renuncia a la participación en el consorcio y por esta vía a la ejecución del contrato con todo lo que ello implica pues en manera alguna puede seguir haciendo parte del consorcio una vez surja la prohibición. No creo que esto resulte de la aplicación del inciso primero del referido artículo 9 ya que,

¹ Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

² Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Luis Guillermo Dávila Vinuesa
Abogados

recuerdo, este regula una hipótesis totalmente distinta. Más bien es el efecto natural de la aplicación del inciso tercero para lo cual no se requiere ninguna interpretación armónica. Vale recordar que el artículo 27 del Código Civil señala que *Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.*

- 7. Puede la entidad estatal autorizar la cesión o la reconfiguración del consorcio sin la manifestación de la voluntad del miembro inhabilitado; con la firma del representante convencional de dicho consorcio en la solicitud de autorización de la cesión.**

Respuesta.

La entidad no es que pueda sino que DEBE cumplir la ley y eso traduce que una vez el consorcio a través de su representante convencional o por medio de los integrantes no afectados presenten al tercero, debe estudiar sus condiciones con miras a autorizar el cambio si este cumple las exigencias predicables para el caso o en el evento de no cumplir, no autorizar la sustitución y requerir presentar a otro tercero. Lo que no puede hacer es quedarse impávida y no actuar, permitiendo que un afectado con una prohibición se mantenga en el consorcio o que el interés público se vea afectado por la no ejecución del contrato, por no resolver sobre la materia.

- 8. ¿Para efectos de materializar contractualmente la autorización de la cesión, qué documentos se requieren para continuar con la ejecución del contrato de obra, teniendo en cuenta la nueva reconfiguración del consorcio?**

Respuesta.

En mi criterio para cumplir la ley se requiere:

- El consorcio debe proponer al tercero;
- La entidad debe revisar si ese tercero cumple con las condiciones que tenía el integrante afectado con la inhabilitación y que fueron objeto de valoración durante el proceso de selección;
- Si cumple con esas exigencias, debe impartir la autorización;

Luis Guillermo Dávila Vinueza
Abogados

- Con esa autorización se recompone el consorcio de una manera simple, esto es queda todo igual salvo que sale como integrante el afectado y entra a ocupar su posición el tercero;
- Debe comunicarse a la compañía de seguros para que haga el ajuste a la garantía;
- No se requiere de Otrosí o de modificación del contrato pues este se mantiene igual, como iguales serán las dos partes del mismo.

En los anteriores términos, respondo las preguntas formuladas.

Atentamente,

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'Luis Dávila', with a stylized flourish at the end.

Luis Guillermo Dávila Vinueza